

Volume 10 Nomor 2 Desember 2007
Akreditasi SK Dikti Nomor : 26/Dikti/Kep/2005
ISSN 1410 - 7724

JURNAL YUSTIKA

MEDIA HUKUM DAN KEADILAN



Diterbitkan oleh :
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS SURABAYA

JURNAL YUSTIKA	Vol. 10	No. 2	Halaman 153 - 321	Surabaya Desember 2007	ISSN 1410-7724
----------------	---------	-------	----------------------	---------------------------	-------------------

JURNAL "YUSTIKA"

Media Hukum Dan Keadilan
Akreditasi SK Dikti Nomor : 26/DIKTI/Kep/2005

Pada prinsipnya diterbitkan dua kali dalam setahun. Berisi tulisan yang diangkat dari hasil penelitian dan kajian analitis-kritis di bidang hukum.

Penanggung Jawab

Rektor Universitas Surabaya

Pemimpin Redaksi

Sari Mandiana, S.H., M.S.

Wakil Pemimpin Redaksi

Anton Prijatno, S.H.
Daniel Djoko Tarliman, S.H., M.S.

Sekretaris Redaksi

Marianus J. Gaharpung, S.H., M.S.

Konsultan Redaksi

Prof. Dr. Mr. R. Soetojo Prawirohamidjojo
Prof. Dr. J. E. Sahetapy, S.H.
Prof. Soetandyo Wignjosoebroto, MPA.
Prof. Dr. Eko Sugitario, S.H., C.N., M.Hum.

Redaksi Pelaksana

Sari Mandiana, S.H., M.S.
J.M. Atik Krustiyati, S.H., M.S.
Sriwati, S.H., M.Hum.
H. Didik Widitrisniharjo, S.H., M.Si.
Dr. Lanny Kusumawati Dra. S.H., M.Hum.
Marianus J. Gaharpung, S.H., M.S.
H. Taufik Iman Santosa, S.H., M.Hum.

Pembantu Umum

Dra. Kunasih
Salepan
Muhammad Arifin
Z a i n i

Alamat Redaksi dan Tata Usaha: Fakultas Hukum Universitas Surabaya, Jalan Raya Kalirungkut, Surabaya (60293). Telepon (031) 2981120, 2981122. Faksimili (031) 2981121, E-mail : tu_fh@dingo.ubaya.ac.id

Redaksi menerima sumbangan tulisan yang belum pernah diterbitkan dalam media lain. Naskah diketik di atas kertas HVS A4 spasi ganda sepanjang kurang lebih 20 halaman menggunakan program MS-Word Font 12, dengan format seperti tercantum pada halaman kulit dalam belakang (Persyaratan Naskah Untuk Jurnal Yustika).

Berdasarkan Keputusan Direktur Jenderal Pendidikan Tinggi Departemen Pendidikan Nasional Republik Indonesia Nomor 26/DIKTI/Dep/2005 tanggal 30 Mei 2005 tentang Hasil Akreditasi Jurnal Ilmiah Direktorat Jenderal Pendidikan Tinggi Tahun 2005. Jurnal Yustika diakui sebagai jurnal yang terakreditasi.

DAFTAR ISI

FAKTOR-FAKTOR KRIMINOGENIK PEREMPUAN MELAKUKAN KEJAHATAN NARKOTIKA (Studi di Lembaga Pemasyarakatan Wanita Kelas II A Malang) (153 - 170)

Koesno Adi

KEPASTIAN HUKUM *PARATE EXECUTIE* DALAM UNDANG-UNDANG HAK TANGGUNGAN (171 - 184)

Herowati Poesoko

PEMBALIKAN BEBAN PEMBUKTIAN DALAM SISTEM PERADILAN PIDANA KORUPSI DI INDONESIA (185 - 198)

Prasetijo Rijadi

PEMBARUAN SISTEM PERIZINAN DALAM RANGKA PERKEMBANGAN EKONOMI NASIONAL (199 - 210)

Henry Soegeng

POTENSI DAN PELUANG PEMANFAATAN SUMBER DAYA KELAUTAN DAN PERIKANAN DI ERA OTONOMI DAERAH (211 - 230)

J.M. Atik Krustiyati

HUBUNGAN HUKUM DAN POLITIK (231 - 240)

Eko Sugitario

PENERAPAN SUBROGASI DALAM PRAKTEK ASURANSI (Studi Kasus pada Asuransi Kerugian di Jakarta dan Surabaya) (241 - 252)

Yoan Nursari Simanjuntak

**IMPLIKASI HUKUM TERHADAP PERATIFIKASIAN *SELF-EXECUTING TREATIES*:
MENELAAH KONVENSI NEW YORK 1958 TENTANG PENGAKUAN DAN
PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE ASING (253 – 278)**

*Wisnu Dewanto
Marsudi Triatmodjo*

**SISTEM PENYELESAIAN SENGKETA WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO)
BAGI NEGARA BERKEMBANG (279 – 294)**

Sonya Claudia Siwu

AMDAL DAN UPAYA PENEGAKAN HUKUM LINGKUNGAN (295 – 308)
H. Taufik Iman Santoso

**PENGUATAN FUNGSI PENGAWASAN KOMISI YUDISIAL BERADA DI
PERSIMPANGAN JALAN (Sebuah Kajian tentang Reformasi Peradilan) (309 –
321)**

H. Didik Widitrisniharjo

**MITRA BESTARI
FORMULIR BERLANGGANAN**

**IMPLIKASI HUKUM TERHADAP PERATIFIKASIAN *SELF-EXECUTING TREATIES*:
MENELAAH KONVENSI NEW YORK 1958 TENTANG PENGAKUAN DAN
PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE ASING**

Oleh

**Wisnu Dewanto
Marsudi Triatmodjo**

Abstract

International law has been playing very important role in the relations between states. However, the application of rules of international law in the domestic plane still sometimes acquires difficulty, especially when the municipal law of the state does not recognize the primacy of international law. It is understood because each state carries out different approaches in regard to the incorporation of international agreements into their municipal law. A few states perform the doctrine of incorporation in which the doctrine explain that an international agreement is *ipso facto* part of the municipal law and can be applied by the domestic courts. However, the other which called the doctrine of transformation indicates that a rule international law is not *ipso facto* part of the national law of the state, unless it transforms into the municipal law by means of an Act of Parliament. These two doctrines correspond with monism and dualism. According to monism, international law and municipal law are part of the same legal order and this is reflected by the fact that the rules of international law are by design incorporated into the municipal law. Whereas, under dualism, international law and municipal law are two separate systems of law which operate in its own 'plane'.

Terms of self-executing and non-self-executing treaties are applied by the United States courts to differ whether or not such treaties can be exercised in the courts. This article would like to elaborate the legal implication owed by states that ratify or access the kind of such treaty, especially when the state's system of law is in support of the doctrine of transformation which corresponds with dualism.

The 1958 New York Convention on Recognition and Enforcement Foreign Arbitral Awards is utilized as an example of a self-executing treaty, which is successfully accepted by states in regard to the enforcement of foreign arbitral awards in a territory of state. Moreover, this present article tries to answer whether or not the existence of this Convention fulfills the principle of benefit, justness and legality for the contracting states.

Abstrak

Hukum internasional memiliki peran yang penting dalam hubungan antar negara. namun demikian, pelaksanaan kaidah-kaidah hukum internasional dalam hukum nasional masih mengalami banyak hambatan, khususnya ketika sistem hukum nasional dari negara tersebut tidak mengakui keutamaan dari hukum internasional. hal ini dimengerti karena setiap negara memiliki pendekatan yang berbeda dalam hal penintegrasian kaidah-kaidah hukum internasional kedalam sistem hukum nasional mereka. Beberapa negara menggunakan pendekatan inkorporasi yang berarti bahwa kaidah-kaidah hukum internasional secara otomatis menjadi bagian dari hukum domestik suatu negara dan dapat digunakan dalam sistem peradilan nasional negara yang bersangkutan. Sebaliknya, ada negara-negara yang menggunakan pendekatan transformasi, yangmana doktrin ini menjelaskan bahwa kaidah-kaidah hukum internasional yang diadopsi oleh suatu negara tidak secara otomatis menjadi bagian dari sistem hukum nasional negara tersebut, kecuali kaidah-kaidah hukum internasional tersebut telah ditransformasikan kedalam peraturan perundang-undangan. Dua pendekatan ini berkaitan erat dengan aliran monisme dan aliran dualisme. Menurut aliran monisme ini, hukum internasional dan hukum nasional merupakan satu kesatuan sistem hukum, sedangkan aliran dualisme memandang bahwa hukum internasional dengan hukum nasional adalah dua sistem hukum yang berbeda dan terpisah, yangmana keduanya berada dan berjalan pada posisinya masing-masing.

Wisnu Dewanto adalah Fakultas Hukum Universitas Surabaya dan Kandidat Doktor di Sekolah Pascasarjana Universitas Gadjah Mada di Yogyakarta.

Marsudi Triatmodjo adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta

Istilah perjanjian internasional yang bersifat self-executing dan non-self-executing berlaku di pengadilan-pengadilan Amerika Serikat untuk membedakan apakah suatu perjanjian internasional yang digunakan dapat diimplementasikan di pengadilan atau tidak. Tulisan ini akan mengelaborasi mengenai implikasi hukum yang dibebankan pada negara yang mengadopsi perjanjian internasional yang bersifat self-executing, khususnya negara-negara yang menggunakan pendekatan transformasi yang erat kaitannya dengan aliran dualisme.

Konvensi New York 1958 mengenai Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrasi Asing digunakan sebagai contoh dari perjanjian yang bersifat self-executing, yang mana perjanjian ini telah diterima oleh negara-negara terkait dengan pelaksanaan putusan arbitrasi asing di wilayah teritorial suatu negara. Lebih lanjut, tulisan ini ingin melihat, apakah keberadaan Konvensi tersebut telah memberikan rasa kemanfaatan, keadilan dan kepastian hukum dari negara-negara yang telah meratifikasi.

Kata Kunci: Putusan Arbitrase Asing, Konvensi New York 1958, *Self-Executing Treaty*

Dalam konteks perjanjian internasional atau *treaty*, peran utama dimainkan oleh negara, dimana negara memiliki *sovereignty* dan negara yang menentukan apakah suatu perjanjian internasional itu perlu dibuat atau tidak. Seperti yang diungkapkan oleh Oppenheim seperti yang dikutip oleh Lauterpacht dalam bukunya *International Law, a Treatise*, menyebutkan bahwa '*international treaties are convention or contracts between two or more States concerning various matters of interest*'. (Lauterpacht, 1955:791) Pasal 6 Konvensi Wina 1969 mengenai Perjanjian Internasional menyebutkan bahwa: '*Every State possesses capacity to conclude treaties*.' Dengan kata lain bahwa negaralah yang menciptakan perjanjian-perjanjian internasional dan pembuatannya diselaraskan dengan kepentingan nasionalnya. Oleh karena itu, tidak mungkin negara mau membuat atau mengikatkan diri terhadap perjanjian internasional yang telah ada jika merugikan kepentingan nasionalnya.

Dalam melaksanakan perjanjian internasional, negara-negara tunduk terhadap Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional. Dalam hal

negara menundukkan dirinya terhadap suatu perjanjian internasional, maka negara tersebut harus mentaati perjanjian tersebut. Dalam Pasal 26 Konvensi Wina 1969 secara jelas tertulis asas umum *pacta sunt servanda* atau '*pacts must be respected*', yang wajib dihormati oleh negara-negara peserta perjanjian internasional.

Seperti yang dijelaskan sebelumnya bahwa negaralah yang menciptakan perjanjian internasional, oleh karena itu kekuasaan untuk menjadi bagian dari perjanjian internasional itu adalah bergantung pada negara yang bersangkutan. Meskipun demikian, khusus bagi *negotiating states*, mereka sangat diharapkan untuk menjadi negara pihak dalam suatu perjanjian internasional yang dibahas, atau paling tidak mereka menandatangani perjanjian tersebut jika perjanjian tersebut memerlukan proses ratifikasi. Penandatanganan terhadap naskah perjanjian internasional memang tidak memiliki *legal binding*, tetapi negara yang bersangkutan memiliki tanggungjawab moral untuk tidak melakukan tindakan yang menyimpang dari substansi yang ditulis dalam perjanjian tersebut.

Bagian terpenting dari pelaksanaan perjanjian internasional ini adalah bagaimana perjanjian internasional yang telah diratifikasi atau akses menjadi bagian dari sistem hukum nasional dari negara yang meratifikasi atau akses. Di beberapa negara, kedudukan hukum internasional yang telah diratifikasi lebih superior daripada hukum nasional, oleh karenanya, jika ada substansi hukum nasional bertentangan dengan perjanjian yang telah diratifikasi tersebut, maka peraturan nasional tersebut harus diubah agar selaras dengan apa yang telah diatur oleh hukum internasional. Situasi seperti ini dapat dilihat dalam sistem hukum di Jerman, dimana dalam Pasal 25 Konstitusi Jerman menyatakan bahwa: *'the general rules of international law are an integral part of federal law. They have priority over statutes and give rise directly to rights and obligations for inhabitants of the federal territory.'* (Paust, et.al., 2000:100) Kondisi ini berbeda dengan apa yang terjadi Afrika Selatan, dimana Pemerintah Afrika Selatan mengakui bahwa hukum internasional adalah bagian dari hukum nasional dari Afrika Selatan tetapi jika hukum internasional ini bertentangan dengan hukum nasional negara tersebut maka prioritas diberikan kepada hukum nasional Afrika Selatan. (Paust, et.al.)

Kedudukan perjanjian internasional di Amerika Serikat dapat dilihat dalam Restatement of the Foreign Relations Law of the U.S. § 111 yang menyatakan bahwa: *'(1) International law and international agreements of the United States are law of the United States and supreme over the*

law of several States.' (Paust, et.al., 115)

Berbeda dengan di Indonesia, keberadaan hukum internasional tidak disebutkan secara jelas dalam hirarki peraturan perundang-undangan. Dalam Pasal 2 Tap MPR No.III/MPR/2000 mengenai Susunan Peraturan Perundangan-undangan, menyebutkan bahwa susunan peraturan perundangan-undangan adalah sebagai berikut:

- a. Undang-Undang Dasar (UUD) 1945;
- b. Ketetapan MPR Republik Indonesia (Tap MPR R.I.);
- c. Undang-Undang (UU);
- d. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU);
- e. Peraturan Pemerintah (PP);
- f. Keputusan Presiden (Keppres); dan
- g. Peraturan Daerah (Perda).

Pada tahun 2004, Pemerintah Indonesia kembali mengeluarkan UU No.10 Tahun 2004 mengenai Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, dimana dijelaskan dalam Pasal 7 bahwa urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia adalah sebagai berikut:

- a. Undang-Undang Dasar (UUD) 1945;
- b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU);
- c. Peraturan Pemerintah (PP);
- d. Peraturan Presiden (Perpres); dan
- e. Peraturan Daerah (Perda).

Secara umum ada dua cara terkait dengan pengintegrasian perjanjian internasional dalam sistem hukum nasional suatu negara, yaitu pengintegrasian secara langsung atau

penggunaan hukum internasional secara langsung, dan pengintegrasian secara tidak langsung, artinya bahwa penggunaan hukum internasional hanya sebagai alat bantu dalam hal penginterpretasian. Praktek pengintegrasian perjanjian internasional secara langsung dalam sistem hukum nasional suatu negara dapat dilihat dalam kasus *Respublica v. D Longchamps* [1 U.S. (1 Dall) 111, 113, 115 (Pa.1784)], *United States v. Smith* [18 U.S. (5 Wheat) 153, 161 (1820)] dan *Morris v. United States* [161 F. 672, 675 (8th Cir.1908)]. Pengintegrasian perjanjian internasional secara langsung ini berkaitan erat dengan pertanyaan apakah perjanjian internasional dapat berdiri sendiri, dengan kata lain, digunakan untuk menuntut tindak kejahatan di suatu negara tanpa bantuan peraturan-peraturan domestik dari negara tersebut. Kondisi ini, yang kemudian, memunculkan istilah *self-executing*. (Paust, et.al., 112-120)

Dalam hal pengintegrasian secara tidak langsung, ini dapat dicermati dalam kasus *Rodriguez-Fernandez v. Wilkinson* [654 F.2d 1382 (10th Cir.1981)] dimana perjanjian internasional digunakan alat bantu dalam melakukan interpretasi dalam memutuskan suatu kasus. (Paust, et.al., 139-141)

Menurut Jordan J. Paust, setiap perjanjian internasional sebenarnya memiliki sifat *self-executing*, dengan kata lain, jika negara telah meratifikasi atau akses, negara yang bersangkutan wajib untuk mengimplementasikan substansi perjanjian tersebut dalam sistem hukum nasional dan menjadi bahan acuan para hakim

untuk menyelesaikan atau memutus perkara, kecuali ada dari beberapa bagian dari perjanjian tersebut meminta atau mensyaratkan peraturan pelaksana dari negara yang bersangkutan.¹ Pada intinya, ada tidaknya suatu peraturan nasional yang mendampingi pemberlakuan perjanjian internasional dalam sistem hukum di suatu negara hanya merupakan syarat tidak mutlak, karena dapat tidaknya suatu perjanjian internasional berlaku di suatu negara adalah bergantung pada hakim. Hakim yang dapat memberlakukan perjanjian internasional melalui kasus-

¹ Contoh perjanjian internasional yang bersifat *self-executing* tetapi beberapa bagian mensyaratkan adanya peraturan domestik dari negara yang bersangkutan adalah UNCLOS 1982. Dalam menentukan batas-batas seperti zona ekonomi eksklusif dan landas kontinen, setiap negara memiliki kewenangan untuk membuat aturan nasional mengenai batas-batas wilayah-wilayah tersebut, serta membuat perjanjian internasional bilateral dengan negara-negara lain yang berbatasan. Kemudian, dalam hal pemanfaatan sumberdaya alam hayati dan partisipasi pihak asing dalam pemanfaatan sumber perikanan di zona ekonomi eksklusif, negara pantai dapat membuat peraturan nasional berkaitan dengan hal-hal tersebut. Konteks ini dapat dilihat pada Pasal 58 (3) UNCLOS 1982 yang menyatakan: '*In exercising their rights and performing their duties under this Convention in the EEZ, States shall have due regards to rights and duties of the coastal State and shall comply with the laws and regulations adopted by the coastal State ...*'

Indonesia memiliki beberapa peraturan nasional terkait dengan hal-hal diatas, seperti UU No.5 Tahun 1983 tentang ZEE Indonesia, PP No. 15 Tahun 1984 tentang Pengelolaan Sumberdaya Alam Hayati di ZEE Indonesia, UU No. 31 Tahun 2004 tentang Perikanan, dan UU No.5 Tahun 1990 tentang Konservasi Sumberdaya Alam Hayati dan Ekosistemnya.

kasus yang ia hadapi, sehingga ia dapat menggunakan semua aturan hukum yang ada baik peraturan nasional maupun peraturan internasional. Semisal, Hakim Oliver Ellsworth, pada tahun 1792, menyatakan bahwa: *'a treaty ... being ratified and made ... became a complete national act and law of every state.'* Kemudian, pada tahun 1801 Hakim Marshall memberikan pernyataannya bahwa: *'if the law [there, a treaty] be constitutional ... I know of no court which can contest its obligation.'* (Paust, et.al., 173-174)

Di Amerika Serikat, istilah *self-executing* baru muncul ketika Hakim Marshall, tahun 1829, memberikan pendapatnya mengenai perjanjian internasional, bahwa: *'a treaty is carried into execution ... whenever it operates itself.'* Dalam menentukan sebuah perjanjian internasional itu *self-executing* atau tidak, pengadilan di Amerika Serikat harus melihat maksud dari para pihak penandatanganan yang terdapat pada bahasa dari instrumen tersebut, dan jika instrumen perjanjian itu tidak menyebutkan atau tidak pasti, maka pilihannya dapat dengan melihat kejadian-kejadian disekitar terkait dengan pelaksanaan eksekusi. (Paust, et.al., 178-186)

Dewasa ini, eksistensi perjanjian internasional semakin lama semakin menempati posisi yang penting dalam hubungan antar negara. Perjanjian internasional dapat digunakan sebagai alat pemaksa, meskipun negara memiliki *sovereignty*. Secara tidak langsung perjanjian internasional dapat 'mengikis' kedaulatan negara yang mungkin telah dianggap menjadi

barrier bagi kepentingan nasional negara-negara tertentu.

Salah satu contoh perjanjian internasional yang memiliki sifat *self-executing* adalah Konvensi New York 1958 mengenai Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing, dimana negara peratifikasi harus mengakui putusan pengadilan arbitrase asing dan melaksanakan apa yang telah diputuskan oleh pengadilan tersebut.

Konvensi New York 1958 merupakan kelanjutan dari konvensi-konvensi yang telah ada sebelumnya, seperti Konvensi ICSID dan UNCITRAL Arbitration Rules (UAR), yangmana Konvensi ini bertujuan agar putusan-putusan arbitrase dapat dilaksanakan dengan baik diwujudkan secara nyata di negara-negara peratifikasi Konvensi ini. Fokus dari ketiga Konvensi tersebut adalah berkaitan dengan masalah penyelesaian sengketa secara damai dalam sistem perdagangan internasional. Baik ICSID maupun UAR menawarkan metode arbitrase dalam penyelesaian sengketa tersebut, sedangkan Konvensi New York 1958 mengatur agar putusan arbitrase yang dijatuhkan oleh pengadilan arbitrase asing dapat berlaku di wilayah teritorial negara-negara peratifikasi.

Penyelesaian sengketa dengan menggunakan cara arbitrase ini, diyakini lebih mudah dilaksanakan karena telah ada Konvensi New York 1958 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Arbitrase Asing, itu yang diungkapkan oleh Daniel M. Kolkey. (Kolkey, 1993:1) Selain itu, Sorton Jones juga menjelaskan bahwa arbiter-arbiter yang dipilih memiliki

kemampuan dan kepakaran yang khusus dibandingkan hakim-hakim di pengadilan. (Jones, 1985:1) Berkaitan dengan masalah netralitas pengadilan, Hans Smit menyebutkan bahwa: *'the use of arbitration proceedings can avoid nationalistic favoritism by selecting an arbitration place in a neutral State.'* (Smit, 1986:1) Selain itu, putusan arbitrase bersifat final, artinya putusan yang diambil oleh pengadilan arbitrase atau arbiter tunggal tidak dapat dimintakan banding atau kasasi, sehingga pihak yang dinyatakan kalah harus melaksanakan putusan tersebut dengan itikad baik. (Schmitthoff, 1986:230)

Seperti yang telah dikatakan oleh Jordan J. Paust bahwa setiap perjanjian internasional pada hakekatnya adalah bersifat *self-executing*. Oleh karena itu, dapat atau tidaknya suatu hukum internasional dilaksanakan dalam sistem hukum suatu negara bergantung pada hakim-hakim di pengadilan karena mereka memiliki kewenangan untuk mengimplementasikan peraturan-peraturan baik nasional maupun internasional.

Dengan demikian, tulisan ini akan melihat bagaimana implikasi hukum bagi negara yang meratifikasi suatu perjanjian internasional yang memiliki sifat *self-executing*, dengan menggunakan Konvensi New York 1958 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing sebagai bahan penelaahan; apakah dengan meratifikasi Konvensi New York 1958, negara peratifikasi mendapatkan keadilan, kepastian dan kemanfaatan dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase.

Perjanjian Internasional

Perjanjian internasional atau *treaty* ini diatur secara terperinci

dalam Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional. Konvensi Wina 1969 ini merupakan konvensi multilateral yang telah berlaku secara universal pada 27 Januari 1980. Sebelum tahun 1990 sekitar 60 negara telah menjadi pihak dalam Konvensi ini. Perlu diketahui bahwa Konvensi ini hanya berlaku terhadap perjanjian-perjanjian internasional yang telah berlaku, meskipun demikian beberapa pasal yang ada dalam Konvensi ini merupakan cerminan dari hukum kebiasaan internasional. (Kaczorowska, 2002:220)

Melihat pada Pasal 2 Ayat 1(a) Konvensi Wina 1969, sebuah perjanjian internasional harus memenuhi beberapa kriteria, antara lain: harus dibuat secara tertulis oleh dua atau lebih negara, harus diatur oleh hukum internasional dan keberadaannya dimaksudkan untuk menciptakan kewajiban-kewajiban hukum. Meskipun, syarat sebuah perjanjian internasional harus dibuat secara tertulis, Pasal 3 Konvensi ini menyebutkan bahwa *'the legal force of such non-written agreements shall not be affected by that fact.'*

Namun demikian, pengakuan terhadap perjanjian internasional yang dilakukan secara tidak tertulis agak kontradiksi dengan Pasal 102² Piagam PBB yang mensyaratkan

² '(1) Every treaty and every international agreement entered into by any member of the United Nations after the present Charter comes into force shall as soon as possible be registered with the Secretariat and published by it. (2) No party to any such treaty or international agreement which has not been registered in accordance with the provisions of paragraph 1 of this article may invoke that treaty or agreement before any organ of the United Nations.'

adanya pendaftaran dan publikasi di Sekretariat PBB atas setiap perjanjian internasional yang dibuat oleh negara-negara. Syarat pendaftaran yang disyaratkan oleh Piagam PBB meminta bukti nyata atau *tangible evidence* yaitu berupa perjanjian internasional itu sendiri. (Wallace, 1992:221)

Selain itu, Konvensi ini juga mensyaratkan bahwa *'it applies only to those international agreements concluded between states.'* Namun demikian, dalam Pasal 3 Konvensi ini tidak menutup kemungkinan bahwa *'international agreements concluded between states and other subjects of international law or between such other subjects of international law'* dan ini sama sekali tidak mempengaruhi *'the legal force of such agreements'*.

Pasal 6 Konvensi Wina 1969 menyebutkan: *'Every state possesses capacity to conclude treaties.'* Menurut International Law Commission, dalam komentarnya mengenai pasal ini, menyebutkan bahwa istilah *'state'* adalah: *'... with the same meaning as in the Charter of the United Nations, the Statute of the Court, the [Vienna] Convention on Diplomatic Relations; i.e. it means a state for the purpose of international law.'*

Berdasarkan Pasal 3 Konvensi ini mengakui juga perjanjian internasional yang dibuat subyek hukum internasional selain negara, antara lain adalah organisasi internasional. Namun demikian, ada syarat-syarat khusus sebagai organisasi internasional dapat masuk pada sebuah perjanjian internasional, yaitu: *'(i) by express grant contained in the constitution of the organization, dan (ii) by implication, in order to carry out*

the duties imposed by the constitution upon the organization'. (Kaczorowska, 222)

Dalam hal *consent to be bound*, negara-negara terhadap suatu perjanjian internasional, negara dapat melakukan beberapa cara, seperti *signature, signature ad referendum, ratification* dan *accession*. (Wallace, 222) Boer Mauna menegaskan bahwa persetujuan pengikatan diri (*consent to be bound*) pada suatu perjanjian dapat dilakukan dengan dua cara yaitu penandatanganan (*signature*) dan pengesahan (*ratification*). (Boer Mauna, 2001:116)

Penandatanganan sebuah persetujuan biasanya lebih ditujukan pada persetujuan-persetujuan yang dibuat antar pemerintah suatu negara, yang mana persetujuannya bersifat bilateral. Di Amerika Serikat, ini disebut dengan *executive agreements*, dan tahapan ini tidak memerlukan proses pengesahan dan ini juga diatur dalam Pasal 12 Konvensi Wina 1969. (Paust, et.al., 5)

Dalam Pasal 12 Ayat 2 menyebutkan *signature ad referendum*, dan cara ini sering diimplementasikan dalam perjanjian internasional multilateral yang bersifat *law-making treaty*, yang mana penandatanganan tersebut merupakan langkah awal dan akan ditindaklanjuti dengan pengesahan atau *ratification*. Meskipun tidak memiliki kekuatan mengikat secara hukum tetapi *signature ad referendum* ini mengindikasikan persetujuan secara politis dan membebaskan moral obligation untuk melakukan proses berikutnya yaitu ratifikasi. Bagi negara yang melakukan *signature ad referendum* secara

langsung akan terikat oleh Pasal 18 Konvensi Wina 1969.

Menurut Oppenheim, '*ratification is the final confirmation given by the parties to an international treaty concluded by their representatives.*' Lebih lanjut, ia mengatakan '*the function of ratification is to make the treaty binding.*' Meskipun demikian, penandatanganan suatu perjanjian internasional tidak dapat mewajibkan negara untuk meratifikasi perjanjian tersebut. (Lauterpacht, 813)

Kaczorowska mengartikan ratifikasi sebagai '*the formal act whereby one state declares its acceptance of the terms of the treaty and undertakes to observe them.*' Selanjutnya, ia menjelaskan bahwa proses ratifikasi biasanya digunakan untuk menggambarkan dua tindakan prosedural yang berbeda, yakni '*municipal*' dan '*international*'. Dalam penjelasannya, '*ratification in municipal law*' adalah tindakan formal yang dilakukan oleh lembaga yang berwenang dari suatu negara dan biasanya disebut dengan '*ratification in constitutional sense*'. Kemudian, '*ratification in international law*' merupakan suatu prosedur agar perjanjian internasional tersebut dapat berlaku. (Kaczorowska, 227-228)

Sedangkan, Konvensi Wina 1969 mengatur perihal ratifikasi dalam Pasal 14 Ayat 1.³

³ 'The consent of a state to be bound by a treaty is expressed by ratification when:

- (a) the treaty provides for such consent to be expressed by ratification;
- (b) it is otherwise established that the negotiating states were agreed that ratification should be required;
- (c) the representatives of the state has signed the treaty subject to ratification; or

Negara dalam mengikatkan diri terhadap suatu perjanjian internasional dapat melakukan aksesori atau *accession*. Aksesori didefinisikan sebagai penerimaan pasal-pasal yang ada dalam suatu perjanjian internasional tetapi negara yang bersangkutan belum secara formal menandatangani perjanjian tersebut. Aksesori dapat dilakukan pada saat suatu perjanjian itu belum atau sudah berlaku secara umum. Jika berbicara mengenai aksesori maka kita akan juga berdiskusi mengenai perjanjian terbuka dan tertutup. Perjanjian dikatakan terbuka karena negara-negara yang tidak termasuk *negotiating states*, dapat menjadi pihak pada perjanjian tersebut, sedangkan hal ini tidak terjadi pada perjanjian tertutup, dimana hanya terbatas pada *negotiating states* saja. (Boer Mauna, 121)

Dalam menerima suatu perjanjian internasional, negara peratifikasi juga diijinkan untuk mengajukan keberatan terhadap beberapa pasal yang terdapat dalam perjanjian tersebut. Konvensi Wina 1969 menyebutnya dengan istilah '*reservation*' atau dalam bahasa Indonesianya adalah reservasi. Menurut pandangan tradisional, reservasi dianggap sah hanya jika perjanjian tersebut mengijinkannya, dan jika pihak lainnya menerima reservasi tersebut. Ini terlihat pada tahun 1927, ketika LBB mengadopsi pendekatan reservasi khususnya terhadap perjanjian-per-

- (d) the intention of the state to sign the treaty subject to ratification appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiations.'

janjian internasional multilateral, yang menyebutkan:

'In order that any reservation whatever may be validly made in regard to a clause of the treaty, it is essential that this reservation should be accepted by all other contracting parties, as would have been the case if had been put forward in the course of the negotiations. If not, the reservation, like signature to which it is attached, is null and void.'
(Kaczorowska, 229)

Tetapi, dengan adanya reservasi ini, khususnya terhadap perjanjian internasional multilateral, menunjukkan adanya ketidakkonsistensi dari berlakunya suatu perjanjian internasional. (Brownlie, 2003:584)

Dewasa ini, syarat untuk mendapatkan persetujuan dari *'all contracting parties'* adalah sangat sulit karena makin besarnya jumlah negara yang menjadi pihak dalam suatu perjanjian internasional. Oleh karena itu, melalui *Advisory Opinion* yang diminta terkait dengan *Reservations to the Convention on Genocide Case*, ada perubahan signifikan terhadap konsep reservasi ini. Dalam hal ini, International Court of Justice (ICJ) memberikan *advisory opinion*-nya sebagai berikut:

- *'that a state, making a reservation to which one or more but not all parties to the Convention, had raised objection, could be regarded as a party to the Convention if the reservation is compatible with the object and*

purpose of the Convention; otherwise, that state cannot be regarded as being a party to the Convention.'

- *'(a) that if a party to the Convention objects to a reservation which it considers to be incompatible with the object and purpose of the Convention, it can in fact consider that the reserving state is not a party to the Convention; (b) that if, on the other hand, a party accepts the reservation as being compatible with the object and purpose of the Convention, it can in fact consider that the reserving state is a party to the Convention.'*
(Harris, 1998:790-791)

Selanjutnya, pengaturan tentang reservasi dalam Konvensi Wina 1969 dapat ditelaah dalam Pasal 19 terkait dengan kebebasan negara untuk melakukan reservasi dan Pasal 20 tentang penerimaan dan keberatan terhadap reservasi selain yang diijinkan oleh suatu perjanjian internasional.

Dalam hal suatu perjanjian internasional berlaku secara umum, biasanya ditentukan dalam pasal dari perjanjian tersebut terkait dengan kapan dan bagaimana suatu perjanjian internasional dapat diimplementasikan.⁴ Seperti halnya Konvensi Wina 1969, Pasal 84 Ayat 1 menye-

⁴ Lihat: Pasal 24 Ayat 1 Konvensi Wina 1969 menjelaskan sebagai berikut: *'A treaty enters into force in such a manner and upon such date as it may provide or as negotiating states may agree.'*

butkan: *'The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession.'* Jika suatu perjanjian internasional tidak menyebutkan secara khusus tanggal berlakunya, maka pemberlakuan perjanjian tersebut segera setelah semua negotiating states telah setuju untuk mengikatkan diri pada perjanjian tersebut.⁵

Negara-negara yang setuju untuk menjadi pihak dalam suatu perjanjian internasional diharapkan untuk melaksanakan perjanjian tersebut dan memenuhi kewajiban yang ditentukan dalam perjanjian itu dengan *good faith*. Kewajiban untuk melaksanakan perjanjian internasional dengan *good faith* ini dapat dilihat dalam Pasal 26 Konvensi Wina 1969 yang menyebutkan: *'Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.'*

Pengintegrasian Perjanjian Internasional dalam Sistem Hukum suatu Negara

Pandangan Monisme dan Dualisme

Hubungan antara hukum internasional dan hukum nasional telah memunculkan dua masalah utama, yakni pertama adalah pertanyaan teori, apakah hukum internasional dan hukum nasional merupakan satu kesatuan dalam tatanan hukum yang universal, atau hukum internasional

dan nasional adalah dua sistem yang benar-benar berbeda. Dari dua pertanyaan ini kemudian memunculkan dua paham, yaitu paham monisme dan paham dualisme. Kedua, permasalahan terkait jika terjadi konflik antara hukum internasional dengan hukum nasional di mahkamah internasional atau di pengadilan nasional. (Brownlie, 32)

Menurut pandangan paham monisme, baik hukum internasional maupun hukum nasional merupakan satu kesatuan aturan hukum, dimana hukum internasional dianggap memiliki supremasi yang lebih tinggi dibanding hukum nasional. (Kaczorowska, 36) Paham monisme ini mendapat sokongan oleh 'mashab Wina', diantaranya adalah Kelsen dan Verdross, dimana setelah Perang Dunia I, pandangan ini dianggap menciptakan harmonisasi hukum, dengan memberikan keutamaan pada hukum internasional daripada hukum nasional. (Ross, 1947:60) Konsep ini juga didukung penuh oleh Lauterpacht, seperti yang dikutip oleh Kaczorowska, mengatakan bahwa *'international law is considered a supreme universal law a more trustworthy repository of civilized values than the municipal law of the nation state and thus better equipped to protect international human rights.'*

Dengan menjadi satunya hukum internasional dan hukum nasional sebagai aturan hukum, maka perjanjian internasional secara otomatis menjadi bagian dari sistem hukum nasional dalam suatu negara, dengan kata lain bahwa perjanjian tersebut dapat diberlakukan secara langsung. Jadi, seketika proses peratifikasian per-

⁵ Lihat: Pasal 24 Ayat 2 Konvensi Wina 1969 yang menyatakan: *'Failing any such provision or agreement, a treaty enters into force as soon as consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States.'*

janjian internasional telah selesai dilakukan oleh negara, maka menjadi bagian integral dari hukum nasional negara yang bersangkutan dan pasal-pasal dalam perjanjian tersebut dapat digunakan sebagai bahan-bahan pertimbangan hukum di pengadilan nasional.

Namun demikian, faham monisme sendiri memiliki beberapa variasi dalam memandang masalah primacy hukum. Pertama, faham monisme dengan '*state law primacy*', dan kedua adalah faham monisme '*international law primacy*'. (Ross, 61)

Menurut pandangan monisme dengan '*state law primacy*', kaidah-kaidah hukum internasional telah divisualisasikan dalam hukum nasional masing-masing negara, dan ini merupakan konsekuensi dari konsep '*sovereignty*' dan konsep '*self-limitation*', sehingga hukum nasional sebagai sumber hukum utama tetapi tidak bertentangan dengan kaidah-kaidah hukum internasional.

Berbeda dengan aliran monisme dengan '*international law primacy*', yangmana dalam aliran ini hukum internasional dipandang sebagai kaidah hukum yang bersifat umum bagi negara-negara dan hukum nasional mereka merupakan bagian dari hukum internasional. Hukum internasional menempati hirarki tertinggi dalam suatu piramida sistem hukum universal.

Berbeda dengan faham monisme, faham dualisme melihat hukum internasional dan hukum nasional sebagai dua sistem hukum yang berbeda dan terpisah. Faham dualisme ini populer hingga terjadinya Perang Dunia I, dimana faham ini

dipelopori oleh sarjana Jerman, Triepel dan sarjana dari Italia, Anzilotti. Menurut pandangan dualisme, hukum internasional dan hukum nasional merupakan dua sistem hukum yang terpisah dan berbeda.

Pandangan ini mengatakan bahwa hukum internasional dan hukum nasional berbeda dalam hal substansi permasalahan, yangmana hukum internasional mengatur hubungan antara negara-negara, sedangkan hukum nasional mengatur hubungan antara individu dengan individu, dan hubungan individu dengan negara. Selanjutnya, dua sistem hukum ini sama sekali tidak dapat saling mempengaruhi, terkait dengan validitas masing-masing sistem. Validitas dari kaidah-kaidah hukum nasional bergantung penuh pada kesesuaian kaidah-kaidah yang terdapat dalam konstitusi negara, dan ini sama sekali tidak dipengaruhi oleh hukum internasional, atau sebaliknya. Lebih lanjut, kedua sistem hukum ini juga tidak akan pernah saling bertentangan karena dua sistem mengatur dua hal yang berbeda. (Ross, 60) Berkaitan dengan proses ratifikasi, hal tersebut hanya berlaku pada level internasional, dan ini hanya mengikat bagi negara-negara pihak, sehingga agar supaya dapat diimplementasikan pada pengadilan nasional suatu negara, perjanjian internasional memerlukan transformasi kedalam sistem hukum nasional agar supaya memiliki kekuatan hukum. (Kaczorowska, 36)

Namun demikian, diakui pula bahwa hukum internasional dan hukum nasional juga memiliki keterkaitan satu dengan yang lain, seperti:

- (1) hukum internasional mewajibkan hukum nasional untuk mengadopsi kaidah-kaidah hukum tertentu yang berasal dari norma-norma internasional. Hukum nasional tidak boleh bertentangan dengan hukum internasional. Sebenarnya kaidah-kaidah hukum internasional tidak mewajibkan untuk dimasukkan kedalam peraturan perundang-undangan suatu negara, melainkan lebih mengarah pada penggunaan norma-norma hukum internasional dalam penegakan hukum dalam bidang-bidang sipil dan keadilan.
- (2) Hukum internasional dan hukum nasional dapat digunakan sebagai bahan acuan dalam pengimplementasian kaidah-kaidah hukum dalam suatu sistem hukum yang lain. (Ross, 60-61)

Konflik antara dua pandangan ini memunculkan sebuah pandangan baru, yakni *Fitzmaurice doctrine*, yang bertujuan untuk menengahi konflik dari dua pandangan sebelumnya. Fitzmaurice mengatakan dua aturan hukum ini dapat berjalan beriringan dalam kegiatan mereka, dan jika dilihat dari sistemnya, dua aturan hukum ini tidak bertentangan karena mereka berada pada bagian yang berbeda. Selain itu, keduanya memiliki keutamaan di bagiannya sendiri-sendiri. Oleh karena itu, secara formal, kedua sistem hukum ini

sebenarnya tidak akan pernah bertentangan satu sama lain. (Kaczorowska, 37)

Hanya saja, Fitzmaurice menjelaskan adanya kemungkinan terjadinya '*a conflict of obligations, or an inability for state on the domestic plane to act in the manner required by international law.*' (Harris, 70) Dengan kata lain, apa yang dilakukan oleh suatu negara dalam wilayah teritorialnya bisa jadi tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan nasional, tetapi pada level internasional, mungkin tindakan negara tersebut telah melanggar kewajiban internasional dan dapat memunculkan tanggungjawab internasional.

Pada prakteknya, apakah pengadilan nasional suatu negara mengikuti pandangan monisme, dualisme atau pandangan Fitzmaurice, semuanya bergantung pada konstitusi dari negara yang bersangkutan. Semisal, Pasal 10 Konstitusi Italia menyatakan: '*Italian law shall be in conformity with the generally recognized rules of international law.*' Kemudian, praktek di Inggris menerima hukum kebiasaan internasional sebagai bagian dari hukum nasional dan dapat diimplementasikan dalam pengadilan nasional, sejauh tidak bertentangan dengan pasal-pasal dalam undang-undang. Selanjutnya, Konstitusi Amerika Serikat 1787, Article VI, section 2 menyebutkan bahwa perjanjian internasional merupakan '*the supreme law of the land*' dan pengadilan di Amerika Serikat memberikan pembedaan terhadap perjanjian internasional yang diratifikasi oleh Pemerintah Amerika Serikat, antara lain perjanjian yang

'self-executing' dan 'non-self-executing'.

Terkait dengan perbedaan monisme dan dualisme, Hans Kelsen berbeda pendapat aliran tradisional yang menjelaskan bahwa hukum internasional hanya mengatur hubungan timbal balik antar negara. Pandangan ini mempercayai bahwa subyek hukum internasional hanyalah negara, bukan individu atau perseorangan, karena hukum internasional tidak dapat membebaskan kewajiban dan memberikan hak kepada individu. Ini karena pada saat hukum internasional mewajibkan dan memberikan wewenang pada negara, tidak berarti bahwa hukum internasional tidak mewajibkan dan memberi kewenangan kepada individu; ini berarti bahwa hukum internasional mewajibkan dan memberikan wewenang kepada orang-orang yang menjabat sebagai organ-organ negara. Akan tetapi, hukum internasional tidak secara langsung mengatur perbuatan orang-orang ini, melainkan melalui perantaraan atau media tatanan hukum nasional. (Kelsen, 2006:484)

Aplikasi Hukum Nasional dalam Hukum Internasional

Eksistensi hukum nasional dalam hukum internasional diatur dalam Pasal 38 Ayat 1(c) dari Statuta ICJ yang menyatakan bahwa: *'The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: ...(c) the general principles of law recognized by civilized nations...'*

Dalam pandangan G. von Glahn, seperti yang dikutip oleh Martin Dixon

dan Robert McCorquodale, menjelaskan bahwa terkait istilah *'general principles of law recognized by civilized nations'* ada dua pendapat utama, yaitu: pertama, yang disebut dengan *'general principles'* itu adalah peraturan-peraturan nasional dan dapat digunakan untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan hukum internasional. Kedua, *'general principles'* ini dilekatkan dengan hukum alam seperti yang diinterpretasikan oleh negara-negara Barat. Pada prakteknya, pendapat pertama lebih diakui dewasa ini. Ketika istilah ini ditulis dalam Statuta Permanent Court of International Justice (PCIJ) ada beberapa interpretasi terkait dengan arti dari istilah *'general principles'* ini. Dalam interpretasinya, Committee of Jurists menyebutkan:

'It may well have been their purpose to avoid having an international court not hand down a decision because no 'positive applicable rule' existed. The phrase 'general principles' does enable a court, however, to go outside the generally accepted rules of international law and resort to principles common to various domestic legal systems.' (Dixon & McCorquodale, 1995:42)

Perlu diketahui bahwa hukum internasional, pada level internasional, benar-benar memiliki kedudukan yang tinggi, sebagaimana yang ditunjukkan dalam putusan-putusan pengadilan dan arbitrase serta perjanjian-perjanjian internasional. Dalam kasus Alabama Claims Arbitration, dimana Amerika Serikat berhasil mengajukan

klaim atas kerugian yang diderita kepada Inggris karena pelanggaran terhadap kewajibannya sebagai negara netral selama perang saudara di Amerika Serikat. Dan, pengadilan arbitrase menyatakan bahwa pasal-pasal dalam peraturan-peraturan nasional tidak dapat digunakan sebagai alat untuk membela diri atas ketidakpatuhan suatu negara terhadap kewajiban-kewajiban internasional. PCIJ dalam *advisory opinion*-nya memutuskan bahwa: *'...a State which has contracted valid international obligations is bound to make its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfillment of the obligations undertaken.'*

Selanjutnya, Pasal 13 dari Draft Declaration on Rights and Duties of States 1949 menyatakan:

'Each State has the duty to carry out in good faith its obligation arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty.'

Kemudian, Pasal 27 Konvensi Wina 1969 menjelaskan: *'A party may not invoke the provisions of internal law as justification for its failure to perform a treaty.'*

Prinsip bahwa hukum internasional memiliki kedudukan yang lebih tinggi dari hukum nasional juga telah ditegaskan oleh ICJ dalam *Advisory Opinion*-nya dalam the U.N. Headquarters Agreement Case. ICJ menyatakan:

'The principle of primacy of international law over municipal law before international tribu-

nals applies to all aspects of a state's municipal law, to its constitutional provisions, its ordinary legislation and to the decisions of its courts.' (Wallace, 36-37)

Aplikasi Hukum Internasional dalam Hukum Nasional

Hukum Kebiasaan Internasional

Di beberapa negara, eksistensi hukum kebiasaan internasional masih diakui dan bahkan secara otomatis menjadi bagian dari hukum nasional suatu negara. Ini dapat dilihat pada Konstitusi Austria (1920) yang secara tegas menyatakan: *'The generally recognized rules of international law are regarded as integral parts of federal law.'* (Paust, et.al., 100)

Selain itu, pernyataan dari otoritas tertinggi pengadilan dapat juga menegaskan bahwa hukum kebiasaan internasional dapat berlaku secara otomatis dalam wilayah teritorial negara yang bersangkutan. Ini terlihat dalam praktek dari Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung Irlandia, yangmana telah memasukkan prinsip-prinsip hukum internasional dalam bagian hukum nasional Irlandia dan diberlakukan sesuai dengan perubahan dan perkembangan hukum internasional tersebut sesuai dengan modifikasi dalam praktek negara-negara.

Berbeda dengan di Australia, yangmana Pengadilan Tinggi Australia menyatakan bahwa hukum kebiasaan internasional sebagai sumber hukum, tetapi tidak otomatis menjadi bagian dari hukum Australia; dan aturan hukum internasional akan selalu diterima oleh pengadilan, dan

memiliki kedudukan yang lebih tinggi. (Paust, et.al.)

Di Swiss berlaku doktrin bahwa *'the peremptory norms of customary international law (jus cogens) prevail over the Constitution and all other laws.'* (Paust, et.al.)

Terkait dengan eksistensi hukum kebiasaan internasional, khususnya dalam pengadilan nasional, jika terjadi konflik mana yang harus diutamakan, praktek di Inggris menunjukkan bahwa ada dua doktrin dalam hal pengaplikasian hukum internasional, yaitu *'doctrine of incorporation'* dan *'doctrine of transformation'*. (Kaczorowska, 39)

Doktrin inkorporasi menegaskan bahwa:

'Customary international rules are to be considered part of the law of the land and enforced as such, with the qualification that they are incorporated only in so far as not inconsistent with Acts Parliament or prior judicial decision of final authority.' (Brownlie, 41)

Dalam kasus *Buvot v. Barbuit* (1737), Lord Chancellor Talbot mengatakan *'that the law of nations, in its full extent was part of the law of England.'* Kemudian ini diikuti oleh Hakim Holdsworth yang menjelaskan:

'It would, I think, have been admitted that, if a Statute or a rule of the common law conflicted with a rule of international law, an English judge must decide in accordance with the statute or the rule of common law. But, if English law was silent, it was the opinion of both Lord Mansfield and Blackstone

that a settled rule of international must be considered to be part of English law, and enforced as such.' (Kaczorowska, 39)

Tetapi dalam beberapa kasus yang diputuskan oleh pengadilan Inggris, seperti *R v. Keyn* (1876) dan *Mortensen v. Peters* (1906), doktrin inkorporasi digantikan oleh doktrin transformasi, yang mana *'customary international law forms a part of the law of England only in so far as it has been accepted and made part of the law of England by Act of Parliament, judicial decision or established usage'*. (Kaczorowska, 40)

Akan tetapi, hubungan antara hukum kebiasaan internasional dengan hukum Inggris mengalami perubahan sejak terjadinya kasus *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, dimana Lord Denning mengatakan:

'A fundamental question arises for decision: what is the place of international law in our English law? One school of thought holds to the doctrine of incorporation. It says that the rules of international law are incorporated into English law automatically and considered to be part of English law unless they are in conflict with an Act of Parliament. The other school of thought holds the doctrine of transformation. It says the rules of international law are not to be considered as part of English law except in so far as they have been already adopted and made part of our law by the

decisions of the judges, or by Act of Parliament, or long established custom. The difference is vital when you are faced with a change in the rules of international law. Under the doctrine of incorporation, when the rules of international law change, our English law changes with them. But, under the doctrine of transformation, the English law does not change. It is bound by precedent.

As between these two schools of thought, I now believe that the doctrine of incorporation is correct. Otherwise, I do not see that our courts could ever recognize or change the rules of international law.' (Dixon & McCorquodale, 121)

Diktum yang dikatakan oleh Lord Denning ini menjadi inspirasi bagi para hakim dan ini diimplementasikan oleh Hakim Colman dalam kasus Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organisation for Industrialisation, yang menyatakan:

'Inasmuch as the common law rule is at large before this court, there is, in my judgment, every reason in principle why the approach of the common law should be consistent with that of public international law unless there is some controlling common law principle to the contrary; for it is part of English public policy that our courts should give effect to clearly established rules

of international law.' (Kaczorowska, 42)

Di Amerika Serikat, dalam putusan pengadilan menegaskan bahwa hukum kebiasaan internasional merupakan bagian dari hukum Amerika Serikat. Menurut Hakim Marshall dalam kasus Nereide mengatakan bahwa *'in the absence of an Act of Congress the court was bound by the law of nations which was part of the law of the land.'*

Selanjutnya, Hakim Gray pada tahun 1900 menegaskan:

'International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction, as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination.' (Wallace, 46)

Meskipun demikian, dalam kasus Garcia-Mir v. Meese, penahanan yang dilakukan oleh pihak Kejaksaan Agung merupakan *'a controlling executive act'* dan tindakan ini dapat dibenarkan sehingga hukum internasional dapat dikesampingkan, karena hukum ini hanya bersifat *'controlling only'* jika *'there is no treaty and no controlling executive or legislative act or judicial decision ...'* Akan tetapi, pengadilan mengakui bahwa perpanjangan penahanan yang sewenang-wenang yang dilakukan oleh pihak Kejaksaan Agung telah melanggar hukum kebiasaan internasional. (Paust, 261)

Perjanjian Internasional (treaty)

Implementasi perjanjian internasional atau *treaty* dalam sistem hukum nasional suatu negara berbeda-beda.

Setiap negara memiliki budaya hukum sendiri dalam mengadopsi perjanjian internasional. Di Amerika Serikat, berdasarkan Konstitusi Amerika Serikat, *'the President has Power by and with the Advice and consent of the Senate, to make Treaties, provided two-thirds of the Senators present concur.'* Dalam Pasal II, section 2 *'the President is also ultimately responsible for negotiation of international agreement on behalf of the United States.* Kedudukan perjanjian internasional di Amerika Serikat menurut the Constitution of the United States 1787, Article VI, section 2, adalah *'supreme'*.⁶

Pengadilan di Amerika Serikat membedakan perjanjian internasional menjadi dua jenis, yaitu perjanjian *self-executing* dan *non-self-executing*. Pada perjanjian yang bersifat *self-executing*, perjanjian ini secara otomatis menjadi bagian dari hukum nasional Amerika Serikat, oleh karenanya pelaksanaan perjanjian ini tidak memerlukan peraturan pelaksana. Sedangkan, perjanjian yang berbentuk *non-self-executing* tidak secara langsung menjadi bagian hukum nasional Amerika Serikat sehingga memerlukan peraturan pelaksana untuk pengimplementasiannya. (Wallace, 49)

Untuk mengetahui suatu perjanjian internasional tersebut *self-*

executing atau tidak dapat dilihat dalam kasus *Sei Fujii v. California*, dimana pengadilan akan mengobservasi hal-hal terkait dengan:

'the intent of the signatory parties as manifested by the language of the instrument, and, if the instrument is uncertain, recourse may be had to the circumstance surrounding its execution' dan *'for the treaty provision to be operative without further implementing legislation and have statutory effect and force, it must appear that the framers of the treaty intended to prescribe a rule that standing alone, would be enforceable in the courts.'*

Berbeda dengan di Inggris, sebagai negara sistem dualisme, maka perjanjian internasional tidak secara langsung dapat menjadi bagian dari hukum nasional Inggris, kecuali jika ada peraturan pelaksana yang menyertai pengimplementasian perjanjian tersebut. Tujuan penggunaan peraturan pelaksana ini adalah untuk mencegah kemungkinan adanya penyalahgunaan wewenang dari badan eksekutif atas tindakan yang tidak sesuai prosedur yang telah ditetapkan oleh badan legislatif.

Jika terjadi konflik antara hukum nasional dengan perjanjian internasional yang diratifikasi, maka hukum nasional akan didahulukan. Lebih lanjut, pengadilan di Inggris tidak memiliki wewenang untuk menyatakan bahwa suatu peraturan perundang-undangan melanggar atau tidak sesuai dengan hukum internasional karena tugas pengadilan di Inggris hanya mengimplementasikan

⁶ *'This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in pursuance, thereof, and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to Contrary notwithstanding.'*

peraturan-peraturan nasional terhadap kasus-kasus yang ada, dan jika ada ketidaksesuaian antara undang-undang nasional dengan hukum nasional, maka itu menjadi tugas dan kewajiban badan legislatif untuk memperbaiki, bukan pengadilan.

Sama dengan di Inggris, Australia juga merupakan negara dengan sistem dualisme, dimana perjanjian internasional tidak dapat secara langsung berintegrasi dalam sistem hukum nasional Australia meskipun telah diratifikasi. Dengan kata lain, pemberlakuannya memerlukan '*specific legislation*' yang disahkan oleh parlemen.

Konstitusi Australia membedakan antara '*treaty making power*' dan '*power to implement treaty obligations in Australian law*' atau '*external affair power*'. Untuk yang pertama, wewenangnya berada pada badan eksekutif *Commonwealth*, dan dilaksanakan oleh Dewan Eksekutif Federal (*Federal Executive Council*), sesuai dengan section 61 dari Konstitusi Australia. Sedangkan untuk yang kedua, kekuasaan berada pada badan legislatif dan dilaksanakan oleh Parlemen *Commonwealth* (*Parliament of the Commonwealth*). (Evans, 1995, <http://www.australianpolitics.com/foreign/treaties/95-09-04treaties-evans.shtml>, diakses pada tanggal 4 April 2007)

Pengadilan di Australia memiliki tugas untuk melaksanakan hukum nasional Australia, akan tetapi para hakim telah lama mengaplikasikan perjanjian internasional secara terbatas, khususnya jika Australia menjadi pihak dalam perjanjian tersebut. Pengaplikasian perjanjian ini terkait

dengan '*to resolve ambiguities in legislation*' dan '*a guide in developing the common law (i.e. judge-made law – where there is no legislation)*', khususnya jika perjanjian internasional tersebut mendeklarasikan '*universal fundamental rights*'.

Terkait dengan istilah *judge-made law*, dapat dicermati pada kasus *Teoh*, dimana keputusan administratif Departemen Imigrasi untuk mendeportasi Teoh dianulir oleh Pengadilan Tinggi Australia karena tidak mempertimbangkan pasal-pasal yang ada pada Konvensi mengenai Hak Anak, meskipun Konvensi ini sebenarnya belum diintegrasikan oleh badan legislatif dalam sistem hukum Australia. (Evans, 1995)

Malaysia memiliki budaya hukum yang sama dengan Inggris berkaitan dengan pengintegrasian hukum internasional dalam sistem hukum nasional di Malaysia. Model transformasi lebih ditonjolkan, dengan kata lain perjanjian internasional yang diratifikasi atau diakses oleh Pemerintah Malaysia tidak *ipso facto* menjadi bagian dari hukum nasional Malaysia. Badan legislatif harus membuat undang-undang untuk memberikan '*legal effect*' terhadap perjanjian internasional tersebut. (Hamid & Sein, 2005:1-2)

Konstitusi Federal Malaysia tidak menyebutkan bahwa hukum internasional harus dianggap sebagai bagian dari hukum Malaysia. Adalah tugas Parlemen Malaysia untuk membuat aturan hukum terkait dengan masalah-masalah '*external affairs*' seperti '*(a) treaties, agreements and conventions with other countries and all matters which bring the Federation*

*into relation with other countries; (b) implementation of treaties, agreements and conventions with other countries ...*⁷

Dalam hal terjadi pertentangan antara hukum internasional dengan hukum nasional, Konstitusi Malaysia sama sekali tidak memberikan pernyataan apapun mengenai hal tersebut, sehingga jika benar-benar terjadi konflik maka hukum nasional yang diutamakan. Pernyataan ini dapat dilihat pada kasus antara *P.P. v. Wah Ah Jee*. Hakim mempertimbangkan bahwa *'the Courts here must take the law as they find it expressed in the Enactment. It is not the duty of a Judge or Magistrate to consider whether the law so set forth is contrary to international law or not.'* (Hamid & Sein, 8)

Praktek di Belanda tidak jauh berbeda dengan praktek Malaysia, Inggris dan Australia karena pengaplikasian hukum internasional memerlukan pengundangan dari badan legislatif. Ini dapat dicermati pada Pasal 91 Ayat 1 Konstitusi Belanda yang menyatakan *'The Kingdom shall not be bound by treaties, nor shall such treaties be denounced without the prior approval of the Parliament.'*

Meskipun demikian, hukum internasional memiliki kedudukan yang tinggi dalam sistem hukum nasional Belanda karena Pemerintah Belanda harus selalu mendukung perkembangan hukum internasional⁸ dan

peraturan perundang-undangan di Belanda tidak boleh bertentangan dengan hukum internasional.⁹

Demikian pula dengan Perancis, seperti yang tercantum dalam Konstitusi Perancis 4 Oktober 1958, perjanjian internasional harus memerlukan persetujuan dari badan legislatif¹⁰ dan memiliki kedudukan lebih tinggi daripada hukum nasional.¹¹

Konvensi New York 1958 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing

Pembentukan Konvensi New York (KNY) 1958 merupakan langkah terakhir dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase, karena Konvensi ini secara tegas memberikan pengakuan dan pelaksanaan

⁹ Lihat: Pasal 94 Bagian 2 Konstitusi Belanda, yang menyatakan: *'Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions.'*

¹⁰ Lihat: Pasal 53 Title VI Konstitusi Perancis 4 Oktober 1958, yang menyatakan: *'Peace treaties, commercial treaties, treaties or agreements relating to international organization, those that commit the finances of the State, those that modify provisions which are matters for statute, those relating the status of persons, and those that involve the cession, exchange or addition of territory, may be ratified or approved only by virtue of an Act of Parliament. They shall not take effect until they have been ratified or approved. No cession, exchange or addition of territory shall be valid without the consent of the population concerned.'*

¹¹ Lihat: Pasal 55 Title VI Konstitusi Perancis 4 Oktober 1958, yang menyatakan: *'treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, prevail over Acts of Parliament, subject, in regard to each agreement or treaty, to its application by the other party.'*

⁷ Lihat: Pasal 74 Ayat 1 Konstitusi Federal Malaysia.

⁸ Lihat: Pasal 90 Bagian 2 Konstitusi Belanda, yang menyatakan: *'The Government shall promote the development of the international rule of law.'*

terhadap putusan arbitrase di suatu negara.

Konvensi ini menyebut istilah '*foreign*' seperti yang terdapat Pasal I (1) yaitu:

'... to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought ...' Dan putusan arbitrase tersebut 'not considered as domestic awards.'

Terkait dengan istilah '*arbitral awards*' yang dikutip dalam Ayat 2, ini tidak hanya putusan-putusan yang diambil oleh para arbiter, tetapi juga putusan-putusan yang dibuat oleh badan-badan arbitrase tetap dimana negara-negara menjadi peserta.

Pada proses ratifikasi KNY 1958, negara dapat mengumumkan dua buah pernyataan, yaitu pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase tersebut didasarkan pada asas resiprositas atau '*reciprocity limitation*' dan terbatas pada sengketa-sengketa dagang atau '*commerce limitation*'.¹²

Dalam hal ada negara yang tidak menjadi pihak pada KNY 1958, cara lain yang dapat digunakan agar putusan arbitrase dapat diimplementasikan di negara yang bersangkutan adalah mengadakan perjanjian bilateral dengan negara tersebut. (Gunter, <http://www.psplaw.ch/Publications/AMBAR-1.html>, diakses pada tanggal 4 April 2007) Hubungan bilateral ini juga untuk mensiasati hal-hal terkait

dengan reservasi dan persyaratan antar kedua negara. Ini dilakukan oleh Swiss, dimana ia mengadakan perjanjian bilateral dengan negara-negara yang tidak menjadi pihak dalam Konvensi ini, seperti Spanyol, (bekas) Czechoslovakia, Jerman, Italia, Swedia, Belgia, Austria dan Liechtenstein.

Konvensi ini mensyaratkan bahwa setiap persetujuan dari pihak-pihak yang ingin menyelesaikan sengketa mereka di forum arbitrase dibuat secara tertulis.¹³ Klausula arbitrase yang dibuat secara tertulis tersebut dapat dibuat bersamaan dengan perjanjian pokoknya, dan ditandatangani oleh kedua belah pihak. Juga dapat dibuat diluar perjanjian pokok, atau melalui surat atau telegram yang berisi persetujuan untuk menyelesaikan permasalahan melalui arbitrase. (Harahap, 2001:25)

Syarat tertulis ini penting karena untuk memberikan kewenangan mutlak kepada pengadilan arbitrase untuk menyelesaikan sengketa. Ini juga bertujuan untuk menghindari campurtangan pengadilan umum dalam menyelesaikan kasus yang mana para pihak telah setuju untuk diselesaikan melalui arbitrase.¹⁴

Dalam hal eksekusi putusan arbitrase asing, pelaksanaannya tunduk pada hukum negara dimana putusan arbitrase tersebut akan diminatkan pelaksanaannya. Dengan kata lain bahwa putusan arbitrase tunduk

¹² Lihat: Pasal I Ayat 3 Konvensi New York 1958.

¹³ Lihat: Pasal II Ayat 1 Konvensi New York 1958.

¹⁴ Lihat: Pasal II Ayat 3 Konvensi New York 1958.

pada jus sanguinis atau asas wilayah.¹⁵

Melihat isi Pasal III dari Konvensi ini yang menyatakan bahwa '*each contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them ...*' maka pada hakekatnya putusan arbitrase tersebut adalah *self-executing*, sehingga setiap ada permintaan pengakuan dan eksekusi dari salah satu negara peserta kepada negara lain, eksekusi harus dilaksanakan.

Namun demikian, Pasal V dari Konvensi ini memberikan kemungkinan bagi negara tempat putusan tersebut akan dilaksanakan untuk menolak pelaksanaan putusan arbitrase asing tersebut atas permintaan salah satu pihak. Alasan-alasan penolakan putusan arbitrase menurut Pasal V Ayat 1 KNY 1958, antara lain:

- a. menurut hukum yang berlaku, para pihak tidak memiliki kapasitas untuk membuat perjanjian atau kesepakatan arbitrase tidak sah menurut hukum dari negara tempat dimintakan eksekusi;
- b. salah satu pihak tidak mendapat pemberitahuan secara patut terkait dengan penunjukan para arbiter atau proses arbitrase atau tidak dapat menyampaikan pembelaannya;
- c. putusan melebihi apa yang dimohonkan;
- d. penyimpangan terhadap prosedur arbitrase atau komposisi para arbiter;

- e. putusan belum mengikat atau dianulir atau ditunda eksekusinya.

Selanjutnya, Pasal V Ayat 2 memberikan kesempatan kepada Pengadilan untuk mengajukan keberatan atas putusan arbitrase asing yang akan dimintakan eksekusi di negara tersebut, dengan alasan:

- a. sengketa tersebut tidak boleh diselesaikan melalui jalur arbitrase;
- b. bertentangan dengan ketertiban umum.

Konvensi New York 1958 sebagai Sarana Perwujudan dari Prinsip Keadilan, Kemanfaatan dan Kepastian bagi Negara-Negara Peratifikasi dalam Penyelesaian Sengketa Arbitrase

KNY 1958 merupakan kelanjutan dari konvensi-konvensi sebelumnya yang telah diadopsi oleh negara-negara, seperti Konvensi Jenewa 1927 mengenai Pengakuan Arbitrase Asing dan Protokol Jenewa 1923. KNY 1958 ini dapat dikatakan sebagai konvensi yang paling sukses dalam bidang hukum internasional privat karena diratifikasi dan diakses oleh 142 negara. Selain itu, Konvensi ini telah diaplikasikan dan diinterpretasikan pada lebih dari 700 putusan pengadilan. (Gunter)

Namun demikian, apakah keberadaan KNY 1958 ini telah memberikan rasa keadilan, kemanfaatan dan kepastian masih harus ditelaah secara lebih dalam. Seperti yang ditulis oleh Gustav Radbruck dalam bukunya *Teori Hukum*, bahwa keadilan itu adalah konsep yang tidak jelas dan sulit untuk ditentukan,

¹⁵ Lihat: Pasal III & IV Ayat 1 Konvensi New York 1958.

sehingga harus diikuti dengan proses selanjutnya, yakni apakah hukum itu bermanfaat dan memberikan kepastian atau tidak.

Seperti yang kita ketahui bahwa dalam '*international plane*' negara memiliki peran yang sangat besar dalam menciptakan suatu aturan-aturan hukum internasional, karena negara lah yang memiliki kapasitas untuk membuat aturan tersebut, sesuai dengan Pasal 3 dan 6 Konvensi Wina 1969. Negara pula yang menentukan apakah suatu perjanjian internasional yang mereka telah ciptakan dapat berlaku atau tidak, dengan melakukan proses ratifikasi atau aksesi. Selanjutnya, negara juga dapat meminta keberatan atau reservasi atas pasal-pasal dalam perjanjian internasional yang tidak sesuai dengan kepentingan nasional, seperti yang termaktub dalam Pasal 19 Konvensi Wina 1969.

KNY 1958 merupakan produk dari kesepakatan antar negara yang bertujuan untuk memberikan '*legal effect*' terhadap putusan arbitrase agar dapat dilakukan dalam teritorial suatu negara. Ini diatur dalam Pasal III, dimana pengadilan nasional harus mengakui dan melaksanakan putusan tersebut. Namun demikian, KNY 1958 jugamemberikan syarat-syarat seperti '*commercial limitation*' dan '*reciprocity limitation*' seperti yang dinyatakan dalam Pasal I Ayat 3 Konvensi ini, sehingga jika bertentangan dengan Pasal V Ayat 2 dari Konvensi ini, Pengadilan negara yang bersangkutan dapat menolaknya. Hal ini dapat dilakukan karena dalam pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase, KNY 1958

menganut asas kewilayahan atau jus sanguinis, dimana pelaksanaannya harus mengikuti prosedur dan tata cara hukum dari negara tersebut.

Negara-negara peratifikasi memiliki kewajiban untuk mempromosikan dan melaksanakan setiap perjanjian internasional dengan *good faith*, agar perjanjian tersebut dapat berjalan seperti apa yang dihendaki dan sesuai dengan tujuan dari pembuat perjanjian tersebut. Hal ini penting agar keberadaan perjanjian itu memberikan manfaat dan kepastian hukum bagi negara-negara yang meratifikasi.

Demikian pula KNY 1958, dengan banyaknya negara yang meratifikasi, dimana ada 142 negara, maka Konvensi ini dianggap memberikan manfaat bagi negara dalam mempromosikan penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase, karena dengan melalui proses ini, kemungkinan terjadinya '*nationalistic favoritism*' seperti yang dikatakan Hans Smit dapat dihindari. Selain itu, tidak ada lagi ketakutan bahwa putusan arbitrase tidak dapat dilaksanakan karena setiap negara peserta telah terikat untuk mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase.

Bagi negara-negara yang menggunakan metode transformasi yang kemudian berkaitan erat dengan sistem dualisme, dimana mereka lebih mengutamakan hukum nasional mereka daripada hukum internasional, tetapi hal itu tidak dapat digunakan sebagai alasan,kecuali alasan-alasan yang telah ditentukan dalam Pasal V KNY 1958. Selain itu, negara-negara peratifikasi KNY 1958 terikat oleh

prinsip dasar dalam hukum internasional yang terdapat pada Pasal 13 Draft Deklarasi ILC tentang Hak dan Kewajiban Negara 1949 yang menyatakan:

'Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other source of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty.'

Lebih lanjut, Pasal 27 Konvensi Wina 1969 mendukung pernyataan tersebut dengan menegaskan bahwa: *'A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.'*

Pelanggaran terhadap hukum internasional dapat menimbulkan pertanggungjawaban negara. Hal ini dibuktikan dalam kasus Rainbow Warrior, yangmana Mahkamah Tribunal Arbitrase sependapat dengan prinsip ini dan menegaskan bahwa *'any violation by a State gives rise to State responsibility.'*

Simpulan

Pengintegrasian hukum internasional dalam suatu sistem hukum nasional negara bergantung pada sistem hukum yang berlaku di negara yang bersangkutan. ada dua metode pengintegrasian terkait dengan hal ini, yaitu metode incorporation dan metode transformation. Metode incorporation memandang hukum internasional sebagai satu kesatuan dengan hukum nasional sehingga hukum internasional yang diratifikasi

atau diaksesi dapat secara langsung berintegrasi dengan hukum nasional. Berbeda dengan metode transformation, metode ini memandang hukum nasional dan hukum internasional adalah dua hal yang berbeda, sehingga pelaksanaan dalam sistem hukum nasional memerlukan bantuan peraturan lain yang dibuat oleh parlemen. Dengan adanya dua pandangan ini kemudian memunculkan dua model sistem negara terkait dengan pengintegrasian ini, yaitu sistem monisme dan sistem dualisme.

Untuk melihat apakah suatu negara menggunakan sistem monisme atau dualisme dapat dilihat dalam setiap Konstitusi dari negara yang bersangkutan, seperti Pasal 10 Konstitusi Italia menyatakan: *'Italian law shall be in conformity with the generally recognized rules of international law'*; Konstitusi Amerika Serikat 1787, Pasal VI, section 2, menegaskan bahwa perjanjian internasional adalah *'the supreme law of the land'*; beberapa negara seperti Inggris, Perancis, Belanda, Malaysia dan Australia, menggunakan sistem dualisme dan metode transformation dalam pengintegrasian hukum internasional dalam hukum nasional mereka. Dengan kata lain, kekuatan hukum dari hukum internasional tersebut memerlukan *Act of Parliament*.

Terkait dengan mana yang didahulukan, apakah hukum internasional atau hukum nasional, pada hakekatnya, hukum internasional lebih diutamakan karena dalam beberapa Konstitusi negara, seperti di Australia,

Belanda dan Perancis, menegaskan bahwa pelaksanaan hukum nasional tidak boleh bertentangan dengan hukum internasional dimana mereka menjadi pihak pada perjanjian tersebut.

Istilah *self-executing* dan *non-self-executing* hanya digunakan pada pengadilan di Amerika Serikat, dengan tujuan untuk membantu hakim dalam memutus suatu perkara. *Self-executing treaty* secara otomatis menjadi bagian hukum nasional Amerika Serikat dan dapat digunakan oleh hakim sebagai bahan hukum primer untuk memutus perkara, sedangkan *non-self-executing* tidak demikian. Pada hakekatnya, setiap perjanjian internasional itu bersifat *self-executing*, seperti yang diungkapkan oleh Jordan J. Paust, akan tetapi memang ada pasal-pasal dalam perjanjian tersebut yang memerlukan pengaturan lebih lanjut sesuai dengan hukum nasional negara yang bersangkutan.

Konvensi New York 1958 merupakan sebuah *self-executing treaty*, ini dapat dilihat pada Pasal III dimana '*each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them ...*' tetapi juga memerlukan pengaturan lebih lanjut dari hukum nasional suatu negara terkait dengan '*public policy*'.

Konvensi New York 1958 memberikan rasa keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum bagi negara-negara peratifikasi, karena jika melihat Konvensi Jenewa 1927 hanya mengakui putusan arbitrase asing, tetapi putusan tersebut tidak dapat dilaksanakan karena dibatasi oleh

jurisdiksi negara dan tidak adanya payung hukum internasional yang mengayomi. Dengan adanya Konvensi New York 1958 ini, putusan arbitrase asing tidak saja diakui tetapi juga dapat dimintakan eksekusi di suatu negara tanpa harus khawatir untuk ditolak. Situasi ini juga dapat menciptakan kepercayaan dan kepastian hukum bagi pihak-pihak yang memanfaatkan jalur arbitrase sebagai mekanisme dalam penyelesaian sengketa dalam dunia perdagangan.

Negara peserta Konvensi ini harus melaksanakan putusan arbitrase dengan itikad baik sesuai dengan Pasal 26 Konvensi Wina 1969 dan prinsip-prinsip hukum internasional seperti yang tercantum dalam Pasal 13 Draft Deklarasi ILC mengenai Hak dan Kewajiban Negara 1949 dan dan 27 Konvensi Wina 1969 untuk menghindari adanya pertanggungjawaban negara.

Daftar Rujukan

Buku & Artikel

Abdul Ghafur Hamid & Khin Maung Sein, 26-27 Mei 2005, **Judicial Application of International Law in Malaysia: A Critical Analysis**, the 2nd Asian Law Institute (ASLI) Conference, Chulalongkorn University, Bangkok, Thailand,

Alina Kaczorowska, 2002, **Public International Law**, Old Bailey Press, 2002.

Boer Mauna, 2001, **Hukum Internasional: Pengertian, Peranan**

- dan Fungsi dalam Era Dinamika Global, Alumni, Bandung, 2001.
- Clive M. Schmitthoff, 2003, **Finality of Arbitral Awards and Judicial Review**, [Dr. Julian D.M. Lew ed., University of London (1986)], dalam Wisnu A. Dewanto, **Enforcing Foreign Arbitral Awards in Indonesia: Why is It Difficult?**, A Thesis, University of Washington School of Law, Seattle, USA
- D.J. Harris, 1998, **Cases and Materials on International Law**, Fifth Edition, Sweet & Maxwell.
- Daniel M. Kolkey, 2003, **Dispute Resolution And International Commercial Agreements**, 676 PLI/Comm 527, 1993, dalam Wisnu A. Dewanto, **Enforcing Foreign Arbitral Awards in Indonesia: Why is It Difficult?**, A Thesis, University of Washington School of Law, Seattle, USA
- Gareth Evans, **International Treaties: Their Impact on Australia**, The International Treaties Conference, Canberra, 4 September 1995, diambil dari <http://www.australianpolitics.com/foreign/treaties/95-09-04treaties-evans.shtml>, diakses pada tanggal 4 April 2007.
- Hans Kelsen, 2006. **Teori Umum tentang Hukum dan Negara**, Nusamedia dan Nuansa, Bandung
- Hans Smit, 2003, **The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?**, 25 Colum. J. Transnat'l L. 9, 1986, dalam Wisnu A. Dewanto, **Enforcing Foreign Arbitral Awards in Indonesia: Why is It Difficult?**, A Thesis, University of Washington School of Law, Seattle, USA
- Ian Brownlie, 2003. **Principles of Public International Law**, Oxford
- Jordan J. Paust, Joan M. Fitzpatrick & Jon M. Van Dyke, 2000, **International Law and Litigation in the U.S.**, West Group, USA
- L. Oppenheim, 1948, **International Law, A Treatise**, Volume I – Peace, edited by H. Lauterpacht, Seventh Edition, Longmann, Green and Co, London-NY-Toronto
- Martin Dixon & Robert McCorquodale, 1995, **Cases and Materials in International Law**, Second Edition, Blackstone Press
- Pierre-Yves Gunter, **Enforcing Arbitral Awards, Injunctions and Orders**, diambil dari <http://www.psplaw.ch/Publications/AMBAR-1.html>, diakses pada tanggal 4 April 2007.
- Rebecca Wallace, 1992, **International Law**, Second Edition, Sweet & Maxwell

S. Sorton Jones, 2003, **International Arbitration**, 8 Hasting Int'l & Comp. L. Rev. 213, 1985, *dalam* Wisnu A. Dewanto, Enforcing Foreign Arbitral Awards in Indonesia: Why is It Difficult?, A Thesis, University of Washington School of Law, Seattle, USA

Yahya Harahap, 2001, **Arbitrase**, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta